



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

**Lebensformenpolitik und die Privilegierung der Ehe im Licht staatlicher
Neutralität - Eine Diskussion am Beispiel des Zugangs zur
Fortpflanzungsmedizin**

Kühler, Anne

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-90380>

Book Section

Originally published at:

Kühler, Anne (2013). Lebensformenpolitik und die Privilegierung der Ehe im Licht staatlicher Neutralität - Eine Diskussion am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin. In: Bannwart, Bettina; et al. Keine Zeit für Utopien? Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht. Zürich: Dike, 45-73.

Bettina Bannwart
Michelle Cottier
Cheyenne Durrer
Anne Kühler
Zita Küng
Annina Vogler
(Hrsg.)

Keine Zeit für Utopien?

Perspektiven der Lebensformenpolitik
im Recht

 DIKE

Dieser Band wurde finanziell unterstützt durch:

Berta Hess-Cohn Stiftung, Basel

Stiftung Interfeminas mit einem Interfeminas Förderbeitrag

Gleichstellungsbeauftragte der Stadt Genf

Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz, Sektion Basel

Fachstelle für die Gleichstellung von Frau und Mann der Stadt Bern

Fachstelle Familie und Gleichstellung des Kantons Aargau

Fachstelle Gesellschaftsfragen des Kantons Luzern

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013
ISBN 978-3-03751-486-3

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Utopien und Lebensformenpolitik im Recht

BETTINA BANNWART, MICHELLE COTTIER, CHEYENNE DURRER,
ANNE KÜHLER, ZITA KÜNG UND ANNINA VOGLER

Lebensformenpolitik, Utopien und das Recht: zur Einführung 3

ANNE-FRANÇOISE PRAZ

Genre, sexualité et modes de vie familiaux à travers l'histoire
des utopies 21

ANNE KÜHLER

Lebensformenpolitik und die Privilegierung der Ehe im Licht
staatlicher Neutralität – Eine Diskussion am Beispiel des Zugangs
zur Fortpflanzungsmedizin 45

Alleinerziehende Lebensweisen:

Care-Arbeit, Sorgerecht und finanzielle Sicherung

CAROL SMART

Sharing the Children: Brave New World or the Same Old
Gender Wars? 77

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Finanzielle Sicherung Alleinerziehender: Die Sicht des Rechts 97

HEIDI STUTZ

Alleinerziehende und finanzielle Sicherung aus sozio-
ökonomischer Sicht 119

BETTINA BANNWART

Frauen und Männer teilen sich die Care-Arbeit! Wege von der
Utopie zum erreichbaren Ziel 137

JUDITH TRINKLER

Café Utopia Alleinerziehende 161

Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und queere Lebensformen: Rechtswirklichkeit und Utopien

ELISABETH HOLZLEITHNER

Was sollen «wir» wollen? Debatten über rechtlich institutionalisierte Beziehungen 169

SUSHILA MESQUITA UND EVELINE Y. NAY

We are Family!? Eine queerfeministische Analyse affektiver und diskursiver Praxen in der Familienformenpolitik 193

CHRISTINA CAPREZ UND ALECS RECHER

Rechte für Kinder, die das Recht nicht vorgesehen hat 219

MATHIAS KUHN

Zugang zu Fortpflanzungsmedizin und Adoption für gleichgeschlechtliche Paare: Verfassungsrechtliche Aspekte 247

PATRICIA PURTSCHERT

Queere Familien in der Schweiz: Rechtliche Verletzungen, Handlungsspielräume und Utopien 275

Transnationale Lebensformen: Menschen in der Migration

MARC SPESCHA

Verdammt zum Eheglück – Paarleben unter dem Damoklesschwert der Migrationsbehörden 299

ROSEMARIE WEIBEL

Ehe und Familie in der Migration – von der Schwierigkeit, Utopien zu denken 321

ANNEMARIE SANCAR

Migrationsverläufe im Spannungsfeld zwischen Diskriminierung und Befreiung 339

ANNINA VOGLER

Menschenhandel als Synonym für Frauenhandel? 351

Lebensformenpolitik im Fokus von Videokunst und Performance

ANNA SCHÜRCH

Repräsentation des Utopischen: Lebensformen und ihre Darstellung in künstlerischen Arbeiten 379

MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER

Nachwort 393

Biografische Angaben 407

Utopien und Lebensformenpolitik im Recht

Lebensformenpolitik und die Privilegierung der Ehe im Licht staatlicher Neutralität – Eine Diskussion am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin

ANNE KÜHLER¹

Abstract Deutsch

Es stellt sich die Frage, wie sich das staatliche Recht zu der in der heutigen Gesellschaft vorgefundenen Vielfalt von Beziehungsformen und Formen des Zusammenlebens verhält, oder genauer, wie es sich in normativer Hinsicht dazu verhalten sollte. Eine mögliche und vieldiskutierte Antwort lautet, dass der Staat gegenüber den verschiedenen Lebensformen neutral zu sein habe. Aus dieser Sicht ist sodann zu fragen, ob die in der schweizerischen Rechtsordnung implizierte Lebensformenpolitik mit der staatlichen Pflicht zur Neutralität vereinbar ist. Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage am Beispiel des Zugangs zu Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung vor dem Hintergrund des schweizerischen Verfassungsrechts nach. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Rechtsordnung bei der Regelung der gemeinschaftlichen Adoption und darauf abstützend bei der heterologen Samenzell-Spende offenbar für die Lebensform der Ehe Partei ergreift und dieser einen privilegierten Stellenwert zuschreibt. Der Beitrag analysiert und hinterfragt diese Parteinahme für eine bestimmte Lebensform im Licht verschiedener liberaler Interpretationen von Neutralität. Dabei ist vorab die Bedeutung der staatlichen Neutralitätspflicht zu klären, deren Grundlagen und Reichweite sowohl in der philosophischen als auch in der rechtlichen Diskussion umstritten sind. Zu diesem Zweck ist zu fragen, wie die staatliche Neutralitätspflicht begründet wird. Denn das Argument der staatlichen Neutralität erweist sich im Kontext der Lebensformenpolitik nur dann als aussagekräftig, wenn man es genauer konturiert und seine Begründungen offenlegt.

¹ Ich danke Michelle Cottier, Peter Bürkli und Bernadette Kaufmann für ihre wertvollen Kommentare und Anregungen zu diesem Beitrag.

Abstract English

Given the variety of family and household arrangements in today's society, one may legitimately ask what position the State has adopted through the legal order vis-à-vis this diversity, or more precisely, what position it should adopt. A possible and much-debated answer to this question is that the State must be neutral with regard to the different family forms. From this perspective, we should then ask whether the politics of family forms implicit within the Swiss legal order is compatible with the notion of neutrality. The present chapter discusses this question with a focus on procedures of medically assisted reproduction in the light of Swiss constitutional law. The starting point for the discussion is the observation that in relation to adoption and procedures of medically assisted reproduction the legal system takes sides by giving a privileged status to marriage. The chapter then engages in a critical analysis and questioning of that partiality in the light of different liberal interpretations of neutrality. In this context, the meaning, scope and foundations of State neutrality have to be clarified, since the concept is heavily contested both in philosophical and legal debates. The aim of the chapter is to focus on the justifications for neutrality and to show that the strength of the argument for State neutrality in relation to different family forms is dependent on a clear delineation of the notion and proper disclosure of the justifications advanced.

Inhaltsübersicht

| | |
|--|----|
| I. Ausgangspunkt: Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin | 47 |
| II. «Neutralität» in rechtlichen Kontexten | 50 |
| 1. Vorbemerkung | 50 |
| 2. «Neutralität» als Unparteilichkeit | 50 |
| 3. Abgrenzungen und Differenzierungen | 51 |
| 4. Normative Grundlagen staatlicher Neutralität gemäss Art. 15 und Art. 8 Abs. 2 BV | 51 |
| 5. Fazit | 57 |
| III. Liberale Begründungen von Neutralität in der Diskussion: Privilegierung der Ehe am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin | 58 |
| 1. Neutralität und das Ideal der Stabilität der gesellschaftlichen Grundordnung | 59 |
| 2. Neutralität und gesellschaftlicher Friede – der Modus vivendi-Liberalismus | 63 |

| | |
|--|----|
| 3. Neutralität, das Problem des «verzerrten» Dialogs und der Schutz von minoritären Lebensformen | 65 |
| 4. Neutralität und das Ideal gleichen Respekts | 67 |
| IV. Würdigung und Schlussbetrachtung | 69 |

I. Ausgangspunkt: Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin

Angesichts der Vielfalt heutiger Beziehungsformen und Formen des Zusammenlebens² drängt sich die Frage auf, ob dieser Vielfalt im Recht *de lege lata* ausreichend Rechnung getragen wird. Dabei ist ganz grundsätzlich zu überlegen, wie sich das staatliche Recht zur Diversität der Lebensformen, die wir in der gelebten gesellschaftlichen Wirklichkeit vorfinden, verhält, oder genauer, wie es sich in normativer Hinsicht dazu verhalten sollte. Eine mögliche und vieldiskutierte Antwort lautet, dass der Staat gegenüber den verschiedenen Lebensformen *neutral* zu sein habe. Aus dieser Perspektive betrachtet betrifft die staatliche Neutralitätspflicht auch die in unserer Rechtsordnung implizierte Lebensformenpolitik.

Die gesellschaftliche und die rechtliche Bewertung insbesondere von verschiedengeschlechtlichen nichtehelichen und gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften haben sich in der Schweiz in den letzten Jahren stark gewandelt, was zu einer deutlichen Verbesserung von deren Rechtsstellung geführt hat. Immer noch bestehen aber Bereiche, in denen die Ehe gegenüber anderen Lebensformen privilegiert wird. Dies manifestiert sich etwa beim Zugang zu gewissen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin und zur gemeinschaftlichen Adoption eines Kindes³ sowie beim Familiennachzug im Ausländerrecht.⁴ Es stellt sich im Hinblick auf die staatliche Neutralitätspflicht die Frage, ob und inwieweit der Staat auf dem Gebiet der Gestaltung des Zusammenlebens der Einzelnen zugunsten einer bestimmten Le-

² Vgl. zur Pluralisierung dieser Lebensformen etwa SCHMIDT/MORITZ, Familiensoziologie, 37 ff.

³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG; SR 810.11), Art. 264a Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) sowie Art. 28 des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG; SR 211.231). Vgl. hierzu auch den Beitrag von KUHN in diesem Band.

⁴ Siehe Art. 42 ff. des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20) und hierzu den Aufsatz von SPESCHA in diesem Band.

bensform Partei nehmen und dieser unter den verschiedenen Lebensformen den Vorzug geben darf. Präziser ist zu fragen, ob die Privilegierung der Ehe mit der Pflicht zu staatlicher Neutralität vereinbar ist. Um diese Frage zu beantworten, ist es notwendig, den Begriff der staatlichen Neutralität näher zu betrachten. Dessen Gehalt, Anwendungsbereich und Reichweite sind keineswegs geklärt und seine Grundlagen sind höchst umstritten. Dieser Aspekt wurde in der Diskussion um die Lebensformenpolitik in der Schweiz bislang noch wenig untersucht.

Im Folgenden soll die Bedeutung staatlicher Neutralität am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin diskutiert werden. Für den Anwendungsbereich der Samenzell-Spende wird untersucht, welche Rolle diese in der Debatte um den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin spielen kann. Art. 3 Abs. 3 des Fortpflanzungsmedizingesetzes behält die Verwendung von Samenzellen eines Dritten im Rahmen fortpflanzungsmedizinischer Verfahren ausdrücklich Ehepaaren vor.⁵ Dies wird damit begründet, dass sich ein Kind im Falle einer künstlichen Befruchtung mit gespendeten Samen gegenüber dem sozialen Vater faktisch in einer adoptionsähnlichen Situation befinde. Folglich seien bei Verfahren, in denen Samenzellen eines Dritten verwendet werden, auch nicht geringere Anforderungen als bei der Adoption zu stellen. Denn nach Art. 264a des Zivilgesetzbuches ist die gemeinschaftliche Adoption Ehegatten vorbehalten; nichtehelichen Lebensgemeinschaften und gleichgeschlechtlichen Paaren sowie Geschwistern ist sie nicht gestattet.⁶ Ausgangspunkt ist hier die Feststellung, dass die Rechtsordnung bei der gemeinschaftlichen Adoption und darauf abstützend bei der heterologen Samenzell-Spende im Ergebnis für die Lebensform der Ehe Partei ergreift und dieser einen übergeordneten Stellenwert zuschreibt. Denn bei unverheirateten Paaren und somit auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren, die in der Schweiz nicht zum Eheschluss zugelassen sind⁷, sowie bei alleinstehenden Frauen ist die Anwendung von Fortpflanzungsverfahren mithilfe von

⁵ Art. 3 FMedG hält fest:

¹ Fortpflanzungsverfahren dürfen nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist.

² Sie dürfen nur bei Paaren angewendet werden:

a. zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Artikel 252–263 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) begründet werden kann; und
b. die auf Grund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Mündigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können.

³ Gespendete Samenzellen dürfen nur bei Ehepaaren verwendet werden.

⁶ Vgl. hierzu BaslerKomm/BREITSCHEID, Art. 264a ZGB, Rz. 2.

⁷ Vgl. hierzu auch FamKomm/BREINING-KAUFMANN/BYERS, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, Rz. 2, 37, 45 und 47 m.w.H.; SGKomm/REUSSER, Art. 14 BV, Rz. 8 sowie grundlegend den Beitrag von HOLZLEITHNER in diesem Band.

Samenzellen eines Dritten ausgeschlossen.⁸ Nichteheliche Formen des Zusammenlebens werden also bezüglich der Begründung eines Kindesverhältnisses und bezüglich Elternschaft sowie Familie benachteiligt.⁹ Diese Parteinarbeit soll nachfolgend im Licht von liberalen Interpretationen von Neutralität hinterfragt werden.

Der vorliegende Beitrag zielt nicht darauf ab, abschliessend zu klären, ob und inwieweit eine solche Privilegierung der Ehe im Kontext der Fortpflanzungsmedizin verfassungs- und völkerrechtlich zulässig ist oder nicht.¹⁰ Der Fokus richtet sich vielmehr auf den dadurch tangierten Gesichtspunkt der staatlichen Neutralität, insbesondere auf verschiedene Ansätze, diese zu begründen, und somit auf einen Teilaspekt der Debatte um die Lebensformenpolitik im Recht. Nachfolgend wird der Begriff der Neutralität zuerst in seinem rechtlichen Kontext beleuchtet, wobei dessen Facetten sowie dessen normative Grundlagen im schweizerischen Verfassungsrecht kurz skizziert werden (II.). Anschliessend werden verschiedene liberale Begründungen der Neutralität rekonstruiert und es wird der Frage nachgegangen, welche Bedeutung der so konzipierten staatlichen Neutralitätspflicht im Kontext des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin mit Bezug auf die Lebensform der Ehe zukommen kann. (III.). Vor diesem Hintergrund sind deren Stellenwert und Reichweite zu würdigen. Sodann folgt eine Schlussbetrachtung (IV.).

⁸ Art. 28 PartG hält zu den Themen Adoption und Fortpflanzungsmedizin explizit fest: «Personen, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben, sind weder zur Adoption noch zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen.» Im Übrigen ist auch die als Möglichkeit verbleibende sog. Stiefkindadoption gemäss Art. 264a Abs. 3 ZGB auf Ehegatten beschränkt.

⁹ Siehe zur Problematik mit Bezug auf das Recht auf Familie aus verfassungs- und völkerrechtlicher Perspektive FamKomm/BREINING-KAUFMANN/BYERS, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, Rz. 41 f. und 62 ff. m.w.H.

¹⁰ Tangiert sind das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 4 EMRK), das Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 13 und 14 BV, Art. 8 und 12 EMRK sowie Art. 17 und 23 UNO-Pakt II), die Rechtsgleichheit und die Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV, Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 UNO-Pakt II). Vgl. für die verfassungs- und völkerrechtliche Dimension der Problematik den Beitrag von KUHN in diesem Band; PETERS, Diskriminierungsverbote, 277; FamKomm/BREINING-KAUFMANN/BYERS, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, Rz. 3–14, Rz. 30 ff. Dabei ist anzumerken, dass Art. 14 BV, anders als Art. 6 des deutschen Grundgesetzes, die Ehe nicht unter den «besonderen Schutz des Staates» stellt. Vgl. hierzu den Beitrag von KUHN in diesem Band m.w.H.

II. «Neutralität» in rechtlichen Kontexten

1. Vorbemerkung

Zunächst sollen einige grundlegende Fragen zum Begriff der Neutralität geklärt werden. Ziel ist es, gewisse Merkmale und Elemente dieses Begriffs zu bestimmen und diesen zu differenzieren, um den Gegenstand der Untersuchung einzugrenzen. Sodann werden die normativen Grundlagen und die Reichweite von «Neutralität» im schweizerischen Verfassungsrecht untersucht. Vorab erscheint indessen eine kurze Bemerkung zu den Einwänden gegen das «Ideal» der staatlichen Neutralität angebracht.¹¹ Kritiker lehnen ein solches oft mit dem Hinweis darauf ab, dass es sich faktisch nicht realisieren lasse.¹² Des Weiteren wird argumentiert, dass dessen theoretische Grundannahmen falsch seien.¹³ Angesichts der starken Kritik am «Konzept» staatlicher Neutralität ist daher auch zu zeigen, welche Berechtigung und Bedeutung dieses Konzept hat. Auf die grundsätzliche sozialphilosophische Kritik daran kann zunächst entgegnet werden, dass dieses (noch näher zu umschreibende) Konzept schlicht Bestandteil des schweizerischen Verfassungsrechts ist. Einen wichtigen Hinweis auf die Bedeutung und Berechtigung von Neutralität im Recht hat sodann JEREMY WALDRON in die Diskussion eingebracht.

2. «Neutralität» als Unparteilichkeit

Wie WALDRON zeigt, setzt das Konzept der Neutralität ganz allgemein einen Wettstreit oder Disput zwischen zwei oder mehr Seiten voraus.¹⁴ Im Fokus steht eine dritte, zusätzliche Partei, die nun entweder als «neutral» oder «nicht neutral» bezeichnet werden kann. Demzufolge wird «Neutralität» der dritten Partei als eine Frage von deren Verhältnis zum Wettstreit der beiden anderen Parteien verstanden. Es geht also um eine Rolle beziehungsweise eine Haltung von Dritten in einer Streitigkeit zwischen zwei Parteien, genauer um das Handeln der dritten Partei. Neutralität wird typischerweise von einem Schiedsrichter gegenüber zwei Mannschaften in einem Wettkampf oder von einer RichterIn mit Bezug auf die gegnerischen Parteien erwartet. In dieser allgemeinen Formulierung erscheint der Begriff der Neut-

ralität zwar insofern konturlos, als er in den unterschiedlichsten Kontexten erscheinen kann. Gleichzeitig erweist sich aber die mit «Neutralität» angesprochene Haltung der Unparteilichkeit zwischen verschiedenen Seiten als geradezu unabdingbar für unser Verständnis von Recht und dessen Durchsetzung. Dies macht auch deutlich, dass Neutralitätsforderungen im Recht stets kontextualisiert werden müssen: Die Frage, wer gegenüber wem inwieweit neutral sein soll, kann nicht losgelöst vom positivrechtlichen Hintergrund beantwortet werden.¹⁵

3. Abgrenzungen und Differenzierungen

Der damit allgemein umschriebene Neutralitätsbegriff ist in verschiedenen rechtlichen Kontexten von Bedeutung, und es kommen jeweils unterschiedliche Gehalte zum Tragen. Im schweizerischen Recht wird zwischen der Neutralität in den Aussenbeziehungen und der innenpolitischen Neutralität unterschieden.¹⁶ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die innenpolitische Neutralität, nicht auf die aussenpolitische Neutralität als Begriff des Völkerrechts.¹⁷ Auch die Frage, wer Adressat der Neutralitätsforderung ist, das heisst, wessen Handlungen neutral sein sollen, gilt es zu klären. Neutralität wird nachfolgend als «staatliche Neutralität», als Haltung des Staates gegenüber den Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger verstanden. Es geht um die Frage, ob und inwieweit die gesetzgebenden und gesetzanwendenden staatlichen Organe neutral zu sein haben, nicht aber darum, inwieweit die einzelnen Bürgerinnen und Bürger eine neutrale Haltung gegenüber den Anschauungen ihrer Mitbürgerinnen und Mitbürger einnehmen sollen.

4. Normative Grundlagen staatlicher Neutralität gemäss Art. 15 und Art. 8 Abs. 2 BV

Wie HUSTER für das deutsche Verfassungsrecht überzeugend dargelegt hat, muss staatliche Neutralität stets an die in der Verfassung verankerten «Nor-

¹¹ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Kritik an der «Doktrin der Neutralität» kann hier nicht erfolgen. Vgl. dazu etwa RAZ, *Morality*, 110.

¹² Vgl. dazu den Überblick bei MULHALL/SWIFT, *Rawls*, 470 ff.

¹³ Vgl. etwa RAZ, *Morality*, 110 ff.

¹⁴ WALDRON, *Legislation*, 145.

¹⁵ Vgl. hierzu auch HUSTER, *Ethische Neutralität*, 84.

¹⁶ Vgl. hierzu ULRICH WEDER, *Die innenpolitische Neutralität des Staates. Ihre Bedeutung in der Schweiz*, Zürich 1981, 1 f.

¹⁷ Eine wichtige Rolle spielt die (innenpolitische) staatliche Neutralität gemäss Art. 94 BV in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Besonders prominent verwendet wird der Begriff sodann im Sinn religiös-weltanschaulicher Neutralität, wie sogleich näher zu erörtern ist. Vgl. hierzu und zu weiteren Anwendungsbereichen staatlicher Neutralität UHLMANN, *ZBl* 2007, 212 ff.

men und grundlegenden Weichenstellungen» anknüpfen.¹⁸ Dieser Gedanke erscheint auch für den schweizerischen Kontext zentral. In der schweizerischen Bundesverfassung findet sich die staatliche Neutralitätspflicht nicht ausdrücklich normiert.¹⁹ Sie kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre indessen aus bestimmten Verfassungsnormen abgeleitet werden. Für die hier angesprochene Lebensformenpolitik kommen als normative Grundlagen staatlicher Neutralität insbesondere Art. 15 der Bundesverfassung (Glaubens- und Gewissensfreiheit) und die Diskriminierungsverbote von Art. 8 Abs. 2 BV in Frage.

Das schweizerische Bundesgericht leitet aus der in Art. 15 BV²⁰ verankerten Glaubens- und Gewissensfreiheit einen individuellen Anspruch des Einzelnen auf religiöse und weltanschauliche Neutralität der staatlichen Organe ab.²¹ Das «Gebot der Neutralität» staatlichen Handelns wird sodann als Aspekt der objektiv-rechtlichen Dimension der Glaubens- und Gewissensfreiheit betrachtet.²² Allgemein kann zunächst festgehalten werden, dass der Begriff «Neutralität» in diesem Kontext ein schillernder ist und es also unterschiedliche Formen von Neutralität gibt. Neutralität kann etwa bedeuten: vollkommene Distanzierung von allem Religiösen (absolute oder «negative Neutralität») und dessen Verbannung aus dem öffentlichen Raum oder wohlwollendes Tolerieren des Religiösen (relative oder «positive Neutralität»);²³ Bislang herrscht in der Schweiz das Verständnis einer «positiven»

Neutralität vor, zumal es zulässig ist, dass die Kantone einzelne Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkennen und diese insoweit in der Ausübung religiöser Tätigkeiten staatlich unterstützen.²⁴ Neutralität bedeutet somit auch nicht, dass «jedes religiöse oder metaphysische Moment» aus der Staatstätigkeit ausgeschlossen werden muss – eine «anti-religiöse Haltung, wie ein kämpferischer, sogar irreligiöser Laizismus» würde, wie das Bundesgericht betont, selbst wieder gegen das staatliche Neutralitätsgebot verstossen.²⁵ Das Bundesgericht hebt zwei Aspekte der religiös-weltanschaulichen Neutralität hervor, die m.E. zu unterscheiden sind. Zum einen versteht das Gericht religiös-weltanschauliche Neutralität als *Postulat der gleichmässigen Berücksichtigung* der religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen.²⁶ Zum anderen versteht es Neutralität als *Postulat staatlicher Zurückhaltung* gegenüber Fragen von Religion und Weltanschauung bzw. als Haltung der Nichtidentifikation des Staates mit bestimmten Anschauungen.²⁷

Es stellt sich aber die Frage, welche Bedeutung der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV für die Konkretisierung der staatlichen Neutralitätspflicht mit Blick auf die Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen zukommt. Die zu einer Lebensform verdichtete Lebensgestaltung kann stark mit den Vorstellungen davon zu tun haben, was das Leben im Allgemeinen lebenswert und «gut» macht.²⁸ Die individuellen Entscheidungen darüber, mit wem und in welcher Form man zusammenlebt, ob man in einer Partnerschaft lebt oder nicht, sowie die Frage, ob man heiraten, eine eingetragene Partnerschaft eingehen oder Kinder haben will oder nicht, können daher auch die Anschauungen über das Gute bzw. das gute Leben in einem weiteren Sinne betreffen.²⁹ Sie hängen indes nicht zwingend mit religiösen und weltanschaulichen Auffassungen im verfassungsrechtlichen Sinne zusammen.³⁰ Es wird daher offenkundig, dass die hier angesprochene Privilegierung bestimmter sowie die spiegelbildliche Benachteiligung anderer Lebensformen nur dann unter dem Begriff Neutralität

¹⁸ HUSTER, Ethische Neutralität, 84.

¹⁹ Vgl. hierzu auch WINZELER, Weltanschauliche Neutralität, 14.

²⁰ Art. 15 der schweizerischen Bundesverfassung (Glaubens- und Gewissensfreiheit) lautet:

¹ Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.

² Jede Person hat das Recht, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen.

³ Jede Person hat das Recht, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören und religiösem Unterricht zu folgen.

⁴ Niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.

²¹ Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 4.e.aa S. 58; 116 Ia 252 E. 5-7 S. 257; 113 Ia 304 E. 4.c S. 307. Vgl. zum Folgenden auch KÜHLER, Gewissensfreiheit, 61 ff.; TSCHENTSCHER/LIENHARD, Öffentliches Recht, Rz. 302; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 269 ff.; HAFNER, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Rz. 32; RIEDER, Form oder Effekt, 31. Während auch im 20. Jahrhundert in der Schweiz noch lange der Begriff der «konfessionellen Neutralität» verwendet wurde, wird heute meist von «religiös-weltanschaulicher Neutralität» gesprochen. Damit geht eine Begriffserweiterung über die öffentlich-rechtlich anerkannten Konfessionen hinaus auf weitere Religionen und Weltanschauungen einher.

²² Vgl. KÜHLER, Gewissensfreiheit, 60 ff. und 280 f. m.w.H.

²³ Vgl. hierzu SEELMANN, Rechtsphilosophie, 88 f.; HUSTER, Ethische Neutralität, 12, 29 ff.; FORST, Toleranz, 30 ff.; KÄLIN, Kulturkonflikt, 41 f.

²⁴ Vgl. BGE 125 I 347 E. 3.a S. 354; 118 Ia 46 E. 4.e.aa S. 58; 116 Ia 252 E. 5.d S. 258 f.; 113 Ia 304 E. 4.c S. 307.

²⁵ Vgl. Art. 72 Abs. 1 BV. Die konkrete Ausgestaltung staatlicher Neutralität hängt dabei auch vom Verhältnis zwischen Staat und Kirche ab, dessen Regelung in der Schweiz den Kantonen obliegt. Die Kantone sind diesbezüglich unterschiedlich geprägt.

²⁶ BGE 118 Ia 46 E. 4.e.aa S. 58. Vgl. auch BGE 113 Ia 304 E. 4.c S. 307.

²⁷ BGE 118 Ia 46 E. 4.e.aa S. 58; 116 Ia 252 E. 7.b S. 262 (deutsche Übersetzung in ZBl 1991, 78). Siehe hierzu KARLEN, Religionsfreiheit, 184 ff.; SEELMANN, Rechtsphilosophie, 89 f.

²⁸ Vgl. hierzu HUSTER, Ethische Neutralität, 488 ff. m.w.H.; WALDRON, Legislation, 154.

²⁹ Vgl. zu dieser Fragestellung HUSTER, Ethische Neutralität, 12-14 und 634.

³⁰ Siehe zu den Umschreibungen religiöser und weltanschaulicher Auffassungen gemäss der bundesgerichtlichen Praxis KÜHLER, Gewissensfreiheit, 19 ff.

diskutiert werden kann, wenn «Neutralität» nicht in einem «engen» Sinne auf die religiös-weltanschauliche oder gar konfessionelle Neutralität bezogen wird. Vielmehr wäre von einem Neutralitätsbegriff auszugehen, der grundsätzlich auch Fragen der moralischen und ethischen Kultur einer Gesellschaft einbezieht.³¹

Als normative Grundlagen staatlicher Neutralität kommen sodann die Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 2 BV), insbesondere die Verbote der Diskriminierung aufgrund der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung sowie der Lebensform in Frage.³² Nach Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis liegt eine Diskriminierung dann vor, «wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird».³³ Die Diskriminierung stellt – so das Gericht – eine «qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV».³⁴

In der Lehre wird das in Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung statuierte Verbot der Diskriminierung aufgrund religiöser und weltanschaulicher Überzeugung seit Längerem als eine Konkretisierung der staatlichen Neutralitätspflicht interpretiert.³⁵ Wie SCHEFER darlegt, steht im Zentrum des Verbots, jemanden wegen seiner Religion zu diskriminieren, die Einsicht, dass die

staatliche Identifikation mit Religion überhaupt problematisch ist, unabhängig davon, welche Religion in Frage steht.³⁶ Auch mit Blick auf die staatliche Neutralitätspflicht ist für das Verbot der Diskriminierung von Personen wegen ihrer Religion der symmetrische Ansatz weitgehend anerkannt, gemäss welchem die ungleiche Behandlung aufgrund der Religion die Vermutung der Diskriminierung schafft, auch wenn die Betroffenen einer Mehrheitsreligion angehören.³⁷ Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV schliesst, wie das Bundesgericht verdeutlicht, die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal – wie beispielsweise Herkunft, Rasse, Geschlecht oder religiöse Überzeugung – nicht absolut aus. Eine solche begründet zunächst «den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung». Die aus der Differenzierung folgende Ungleichbehandlung kann aus «qualifizierten» Gründen gerechtfertigt werden.³⁸

Eine staatliche Neutralitätspflicht gemäss Art. 8 Abs. 2 BV wird nicht nur mit Bezug auf religiöse und weltanschauliche Überzeugungen erörtert. Die Lehre postuliert gestützt auf diese Bestimmung m.E. zu Recht auch eine Neutralitätspflicht des Staates bezüglich unterschiedlicher Lebensformen.³⁹ Dabei sollte das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform gemäss der Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsbestimmung vor allem Menschen mit gleichgeschlechtlicher Orientierung schützen.⁴⁰ Welche weiteren Lebensformen Objekt einer gestützt darauf zu diskutierenden Neutralitätspflicht sind, ist noch nicht geklärt.⁴¹

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform und jenes der Diskriminierung wegen religiöser und weltanschaulicher Überzeugung weisen in ihrer Schutzrichtung jedenfalls für den hier interessierenden Kontext wichtige Parallelen auf. Bei der verpönten Benachteiligung aufgrund der Lebensform geht es, wie das Verbot der Diskriminierung wegen gleichgeschlechtlicher Orientierung zeigt, oftmals auch um die Durchsetzung von bestimmten, durchaus christlich geprägten, gesellschaftlichen Sittlichkeits-

³¹ Zudem ist zu bedenken, dass die Wahl einer bestimmten Lebensform aus der individuellen Perspektive nicht einmal zwingend von gewissen Werthaltungen abhängt.

³² Vgl. hierzu etwa WALDMANN, 645 und 683. Ausgangspunkt der Überlegungen ist hier zweifelsohne der allgemeine Gleichheitssatz gemäss Art. 8 Abs. 1 BV. Der vorliegende Beitrag will diesen Aspekt indessen bewusst nicht weiter vertiefen, zumal im Bereich der Lebensformenpolitik die spezifischen Diskriminierungsverbote von Art. 8 Abs. 2 BV anwendbar sind.

³³ BGE 134 I 49 E. 3.1 S. 53.

³⁴ Vgl. etwa BGE 134 I 49 E. 3.1 S. 53. Siehe hierzu auch WYTENBACH, *Discrimination*, 177.

³⁵ Siehe dazu SCHEFER, *Kerngehalte*, 499 ff.; ROUILLER, *AJP* 2003, 947 f.; WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, 145 f.

³⁶ Vgl. SCHEFER, *Kerngehalte*, 500.

³⁷ Vgl. WYTENBACH, *Discrimination*, 177 f. m.w.H.

³⁸ Vgl. BGE 134 I 49 E. 3.1 S. 53.

³⁹ So etwa WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, 645, 676 und 683 sowie PULVER, *Discrimination*, Rz. 351 ff. Siehe allgemein zum Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform PETERS, *Diskriminierungsverbote*, 277 f.

⁴⁰ Vgl. hierzu m.w.H. KUHN, *Recht auf Kinder*, 265; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 729; KIENER/KÄLIN, *Grundrechte*, 362; WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, 634; MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 122.

⁴¹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 729; WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, 633 f., 650 und 676. Gemäss WALDMANN umfasst der Begriff «Lebensformen» alle Lebensformen, die auch durch Freiheitsrechte der Verfassung geschützt sind, wie etwa die nichteheliche Lebensgemeinschaft oder die Ehe.

und Moralvorstellungen über Sexualität und Reproduktion.⁴² Darauf bauen «Ordnungsvorstellungen» von Geschlechter- und Familienverhältnissen, die sich um die Frage drehen, welche Formen von Beziehung, Zusammenleben und Familie legitim sind.⁴³ Abweichungen davon werden zum Anlass für Stigmatisierung, Ausgrenzung und Benachteiligung genommen.⁴⁴ Es geht somit auch um das Urteil der Mehrheit darüber, was «normal», «gut» und «sittlich» ist. Dabei sind herkömmliche, als «natürlich» und «richtig» sanktionierte Geschlechts- und Familienrollen ein Beispiel für die angesprochenen gesellschaftlichen Moralvorstellungen, die sich etwa bei der Frage danach manifestieren, ob Homo- und Bisexuelle die gleichen Rechte haben sollen wie Heterosexuelle, Kinder zu haben und aufzuziehen bzw. ob es richtig sei, dass Kinder von Eltern des gleichen Geschlechts aufgezogen werden.⁴⁵ Und so besteht nach wie vor ein Spannungsverhältnis zwischen diesen Vorstellungen und der normativen Erwartung, allen Menschen das gleiche Recht auf Elternschaft zuzugestehen, was im vorliegenden Kontext eben auch das gleiche Recht auf Adoption und auf die Nutzung von Verfahren der medizinischen Fortpflanzung bedeutet.⁴⁶ Aber auch die Lebensformen der heterosexuellen nichtehelichen Partner- und Elternschaft wurden in der Vergangenheit stigmatisiert, was insbesondere nichteheliche Kinder und ihre Mütter schmerzlich erfahren mussten.⁴⁷ Nicht zuletzt aus dieser Perspektive erscheint es naheliegend, für eine grundsätzliche Pflicht zur Neutralität gegenüber der gleichgeschlechtlichen und der nichtehelichen Partner- und Elternschaft zu plädieren.⁴⁸ Gleichzeitig sind aber die Unterschiede zwischen den beiden Diskriminierungsverboten hervorstreichend. Während die Neutralitätspflicht bezüglich Religion und Weltanschauung vor

dem spezifischen historischen Hintergrund der Loslösung des staatlichen Rechts von der Religion und den kirchlichen Institutionen zu sehen ist⁴⁹, spielt dieser geschichtliche Zusammenhang bei der Frage der Diskriminierung bestimmter Lebensformen keine – oder jedenfalls keine direkte – Rolle.

5. Fazit

In diesem Abschnitt wurde «Neutralität» zunächst allgemein als eine Haltung der Unparteilichkeit beschrieben, die für das Recht in gewissen Bereichen unabdingbar ist. Davon ausgehend wurden die normativen Grundlagen einer staatlichen Neutralitätspflicht bezüglich Religion, Weltanschauung und Lebensformen untersucht. In Frage kommt zunächst die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV. Sodann interpretiert die Lehre zu Recht die Verbote der Diskriminierung wegen religiöser und weltanschaulicher Überzeugung und der Diskriminierung aufgrund der Lebensform in Art. 8 Abs. 2 BV als normative Grundlagen staatlicher Neutralität. Zwar ist die genaue Bedeutung der Glaubens- und Gewissensfreiheit und der Diskriminierungsverbote für die Konkretisierung der staatlichen Neutralitätspflicht gegenüber den Lebensformen damit noch nicht geklärt, doch besteht wenigstens eine «Diskussionsgrundlage» mit Bezug auf gleichgeschlechtliche sowie nichteheliche Lebens- und Familienformen. M.E. ist die staatliche Neutralitätspflicht nach dem Gesagten auch auf die Lebensformen der gleichgeschlechtlichen und nichtehelichen Partner- und Elternschaft zu beziehen.

Fragt man nach der Bedeutung und Reichweite staatlicher Neutralität, verdeutlichen diese Hinweise deren punktuellen Charakter. Es ist wichtig zu betonen, dass damit nicht die Neutralität bezüglich aller Werte gemeint ist, da ja bereits die Grundrechtsordnung eine Wertordnung darstellt und in den Grundrechten unter anderem die Werte der Freiheit und Gleichheit zum Ausdruck kommen. Ebenso hängt die Festlegung öffentlicher Interessen, die staatlichen Aufgabennormen entnommen werden können und die der Ausübung der Grundrechte Grenzen setzen, von gewissen Werten ab. Dem entspricht es, dass die Bundesverfassung nicht als Verfassung der Wertneutralität bezeichnet wird.⁵⁰ Auch mit Bezug auf die verschiedenen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger kann die Bundesverfassung nicht als neutral bezeichnet werden, wie das Beispiel der staatlichen Anerkennung von gewissen Religionsgemeinschaften und Kirchen belegt. Der

⁴² Siehe zu den christlich-religiösen Argumenten für eine Privilegierung der Ehe BERGHAHN, Kritische Justiz 1993, 411.

⁴³ Siehe BERGHAHN, Kritische Justiz 1993, 401 f. und 411. EGGEN/RUPP sprechen in diesem Zusammenhang von «tief sitzenden Überzeugungen unserer Kultur» bzw. «kulturellen Gewissheiten über Geschlecht, Sexualität, Ehe und Elternschaft». Vgl. EGGEN/RUPP, Gleichgeschlechtliche Paare, 36.

⁴⁴ Wie HEREK darlegt, hat die sexuelle Stigmatisierung die Erfahrungen von lesbischen, schwulen und bisexuellen Menschen im vergangenen Jahrhundert signifikant geprägt und ist nach wie vor prägend. Siehe HEREK, Partnerschaft, 18 f. m.w.H. Vgl. hierzu auch KUHN, Recht auf Kinder, 267 f.

⁴⁵ Vgl. hierzu auch BECK, Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, 3.

⁴⁶ Siehe zum Widerspruch zwischen dieser Zugangsbeschränkung und dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV ausführlich den Beitrag von KUHN in diesem Band. Vgl. zur Frage der Einzeladoption durch homosexuelle Personen etwa den Entscheid des EGMR, E.B. c. Frankreich, Appl. No. 43546/02 (Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK).

⁴⁷ Siehe KUHN, Recht auf Kinder, 268 f.; BERGHAHN, Kritische Justiz 1993, 400.

⁴⁸ Vgl. zu Vorstellungen von Elternschaft, die über das Muster des Zweierpaars hinausgehen, den Beitrag von MESQUITA/NAY in diesem Band.

⁴⁹ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 500.

⁵⁰ Vgl. für das deutsche Verfassungsrecht HESSE, Grundzüge, 4.

Neutralitätspflicht kommt daher m.E. keine umfassende Bedeutung zu. Im schweizerischen Recht gibt es mit anderen Worten keine allgemeine Neutralitätspflicht, die das Verhältnis des Staates zu den Bürgerinnen und Bürgern charakterisiert. Es bestehen vielmehr punktuelle Verpflichtungen staatlicher Neutralität.

III. Liberale Begründungen von Neutralität in der Diskussion: Privilegierung der Ehe am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin

Ausgehend von diesen verfassungsrechtlich-dogmatischen Grundlagen stellt sich zunächst die Frage, welche Bedeutung der staatlichen Neutralitätspflicht im Kontext des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin zukommt. Im Weiteren ist zu überlegen, warum eine Privilegierung der Ehe mit Bezug auf das Recht auf Elternschaft und Familie mit dieser Pflicht in Konflikt gerät. Um diese Fragen erörtern zu können, erscheint es ratsam zu klären, wie sich „Neutralität“ jeweils begründet. Es gibt unterschiedliche Motivationen, für die Neutralität staatlichen Handelns einzustehen, und entsprechend verschiedene Neutralitätskonzepte. Zu Recht wird in der sozialphilosophischen Debatte deshalb gefordert, dass eine Bezugnahme auf „Neutralität“ ihre Begründung stets offenlegen muss. Dies ist m.E. schlussendlich auch für die rechtliche Inanspruchnahme dieses Konzepts wesentlich. Daher werden im Folgenden die gegenwärtig einflussreichsten und vielversprechendsten liberalen Begründungsansätze staatlicher Neutralität beleuchtet und im rechtlichen Kontext des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin gewürdigt, um vor diesem Hintergrund das Problem der Privilegierung der Ehe zu diskutieren. Diese Ansätze argumentieren mit der Stabilität der Grundordnung der Gesellschaft, dem gesellschaftlichen Frieden, dem freien gesellschaftlichen Dialog und mit dem Ideal gleichen Respekts.⁵¹

⁵¹ Ich beschränke mich auf die vielversprechenderen liberalen Ansätze; ausgeklammert bleiben sogenannte libertäre Neutralitätsverständnisse. Vgl. dazu etwa ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York 1974. Vgl. zu weiteren Ansätzen und Argumenten ACKERMAN, *Social Justice*, 11 und 327 ff. und CANEY, *The Philosophical Quarterly* 1991, 457 ff.

1. Neutralität und das Ideal der Stabilität der gesellschaftlichen Grundordnung

Fokussiert man mit JOHN RAWLS auf das Problem, wie angesichts der unterschiedlichen, zum Teil unvereinbaren Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger die *gesellschaftliche Stabilität* sichergestellt werden kann⁵², dreht sich die Forderung nach Neutralität um die Frage der Annehmbarkeit politischer Entscheidungen für die Anhänger verschiedenster Anschauungen. Die Antwort von RAWLS lautet, dass der Staat in seinem Namen keine umfassende religiöse, weltanschauliche oder moralische Lehre fördern oder verteidigen soll.⁵³ Die grundlegende Ordnungsstruktur, welche die Parteien hinter dem sog. Schleier des Nichtwissens⁵⁴ wählen, stellt vielmehr einen neutralen Rahmen für ihre umfassenden Lehren und die damit verbundenen Anschauungen des Guten bereit.⁵⁵ Die Ziele der grundlegenden Institutionen und der staatlichen Politik sollen so definiert werden, dass alle Bürgerinnen und Bürger ihnen zustimmen können, weil sie «im Bereich einer öffentlichen politischen Konzeption liegen».⁵⁶ Eine staatliche Massnahme ist gemäss RAWLS nur dann neutral (im Sinne der Gerechtigkeit als Fairness), wenn sie auf öffentlich zugänglichen Gründen beruht und für alle Bürgerinnen und Bürger vernünftigerweise akzeptabel ist.⁵⁷ Sie muss also gerechtfertigt werden können, ohne ausschliesslich auf eine bestimmte umfassende Lehre zu rekurrieren. Denn gemäss der politischen Gerechtigkeitskonzeption soll sich die gerechte Grundordnung – unabhängig von kontroversen umfassenderen Anschauungen – aus Werten und Ideen begründen lassen, die in der öffentlichen politischen Kultur vorhanden und anerkannt sind.⁵⁸ RAWLS unterscheidet dabei danach, ob sich «Neutralität» auf die *Absicht* des

⁵² RAWLS, *Political Liberalism*, xix und 194.

⁵³ Unter umfassenden Lehren versteht er religiöse, philosophische und moralische Lehren wie etwa das Christentum, den Utilitarismus oder den umfassenden Liberalismus. Siehe RAWLS, *Politischer Liberalismus*, 289.

⁵⁴ Durch den Schleier des Nichtwissens werden gewisse Informationen verdeckt, um die Wirkung von Zufälligkeiten zu beseitigen, die die Menschen in ungleiche Situationen bringen. Dies soll es den Parteien ermöglichen, die zu wählenden Grundsätze unter allgemeinen, nicht partikularen Gesichtspunkten zu beurteilen. Vgl. RAWLS, *Theorie*, 159 ff.

⁵⁵ Vgl. RAWLS, *Political Liberalism*, 192 ff.

⁵⁶ RAWLS, *Politischer Liberalismus*, 289 ff. und Fairness, 237 Fn. 27. RAWLS hält fest: «Ideen des Guten (können), falls nötig, zur Ergänzung der politischen Gerechtigkeitskonzeption ungehindert eingeführt werden, solange sie zu einer vernünftigen politischen Gerechtigkeitskonzeption für einen Verfassungsstaat gehören; denn unter dieser Voraussetzung dürfen wir annehmen, dass sie von allen Bürgern geteilt werden und nicht von einer besonderen umfassenden Lehre abhängen.»

⁵⁷ Vgl. RAWLS, *Priority of Right*, 458.

⁵⁸ Siehe POGGE, *Rawls*, 152 f.

Gesetzgebers oder auf die *Wirkung* bzw. das *Ergebnis* der gesetzgeberischen Tätigkeit bezieht.⁵⁹ Ersteres Verständnis wird auch als Begründungsneutralität bezeichnet. Es ist auf die Gründe und Motive bezogen, die für staatliche Gesetze vorgebracht werden können.⁶⁰ In diesem Sinne soll staatliche Macht stets aus neutralen Gründen ausgeübt werden und der gesetzgeberischen Tätigkeit sollen nur entsprechende Motive und Begründungen zugrunde liegen.⁶¹ RAWLS verlangt keine Ergebnis- oder Wirkungsneutralität, denn eine solche sei in der Realität kaum zu verwirklichen.⁶²

Vor diesem Hintergrund ist im Kontext des Zugangs zur Samenzell-Spende zu fragen, ob für die Privilegierung der Ehe und die daraus folgende Benachteiligung nichtehelicher Lebensformen allgemein nachvollziehbare, auf «politische Auffassungen» bezogene Gründe zur Verfügung stehen.⁶³ Lassen sich «neutrale» Gründe, denen alle Bürgerinnen und Bürger vernünftigerweise zustimmen könnten, dafür finden, erscheint diese Privilegierung zulässig. Sind aber solche Gründe nicht vorhanden, erscheint diese staatliche Massnahme nicht zulässig, und die Vermutung liegt nahe, dass die Privilegierung aufgrund des Kriteriums der Ehe letztlich doch auf der partikularen Auffassung beruht, dass diese Lebensform intrinsisch besser sei als andere. Der Staat sollte aber nicht gestützt auf solche Werturteile handeln. Die Botschaft zum Fortpflanzungsmedizingesetz verweist zur Begründung des Verbots des Zugangs von nichtehelichen Lebensgemeinschaften zur Samenzell-Spende auf das *Kindeswohl*.⁶⁴ Das Kindeswohl als allgemeine Leitlinie bei Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (Art. 3 Abs. 1 FMedG) verlange eine *stabile und dauerhafte Paarbeziehung*, die rechtlich klar definiert sei.⁶⁵ Der konkretisierungsbedürftige Begriff des Kindeswohls bezieht sich in seinem Kernbereich gemäss schweizerischer Auffassung auf die «körperliche, geistige und sittliche Entfaltung» eines Kindes (vgl. Art. 301 Abs. 1 ZGB).⁶⁶ Erwägungen des Kindeswohls haben den schweizerischen Verfassungs- und Gesetzgeber nicht daran gehindert, die heterologe Samen-

zell-Spende grundsätzlich als zulässig zu erachten, obschon im Jahr 1992 bzw. 2001 noch kaum Forschungsergebnisse zum Zusammenhang zwischen der heterologen Befruchtung und dem Kindeswohl eines «künstlich» gezeugten Kindes vorlagen.⁶⁷ Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Kindeswohl vor diesem Hintergrund gerechtfertigterweise als «neutraler» Grund für die Privilegierung der Ehe zu sehen ist.⁶⁸ Hierfür ist der Zusammenhang von Ehe und Kindeswohl näher zu untersuchen. Stellt die auf die Ehe gegründete Familie das beste Umfeld für das Aufwachsen der Kinder dar? Gibt es Gründe dafür anzunehmen, es sei der kindlichen Entwicklung abträglich, bei einem Paar aufzuwachsen, das nicht verheiratet ist? Es liesse sich vorbringen, der Schutz des Kindeswohls sei ein neutrales Argument, das von den Anhängern verschiedenster umfassender Lehren akzeptiert werden könne. Diese Annahme ist indessen genauer zu spezifizieren.⁶⁹ Wesentlich ist es, Gründe zu finden, die nicht wiederum auf Vorurteilen gegenüber bestimmten Lebensformen beruhen. Für das geistige und seelische Wohl von Kindern sind, so die Erkenntnisse der sozialwissenschaftlichen Forschung, Kontinuität und Festigkeit der Beziehungen zu ihren Bezugspersonen und stabile Verhältnisse im Allgemeinen zentral; dies gilt sowohl für heterosexuelle Familien als auch für Kinder mit homo- und bisexuellen Eltern.⁷⁰ Stellt man zur Konkretisierung des Kindeswohls auf die Beständigkeit der Paarbeziehung ab, lässt sich der Ausschluss von nichtehelichen heterosexuellen Lebensgemeinschaften von diesem Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung lässt sich zumindest dann nicht mehr rechtfertigen, wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft die Stabilität einer längerfristigen (über mehrere Jahre dauernden) Verbindung erreicht hat.⁷¹ Ohnehin ist die Beständigkeit einer Paarbeziehung nicht an den Umstand gebunden, ob ein Paar verheiratet ist oder nicht.⁷² Mit Bezug auf gleichgeschlechtliche Paare ist anzumerken, dass diese in der Schweiz von

⁵⁹ Siehe zu dieser Unterscheidung WALDRON, *Legislation*, 149.

⁶⁰ Vgl. WALDRON, *Legislation*, 150.

⁶¹ Demgegenüber bezieht sich die Forderung nach Wirkungsneutralität staatlichen Handelns auf die Folgen dieses Handelns. Gesetzgeberische Tätigkeit soll sich demnach gleichmässig auf die konkurrierenden Auffassungen des guten Lebens auswirken. Wirkungsneutralität fokussiert daher, weiter gehend als die Begründungsneutralität, auch auf die mittelbaren und unbeabsichtigten Wirkungen staatlichen Handelns. Vgl. hierzu WALDRON, *Legislation*, 149 f.

⁶² RAWLS, *Priority of Right*, 457 ff.

⁶³ Vgl. dazu HUSTER, *Ethische Neutralität*, 618.

⁶⁴ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 26. Juni 1996 (Botschaft FMedG), BBl 1996 III 252.

⁶⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III 252.

⁶⁶ Vgl. hierzu SCHWENZER, Art. 301 ZGB, N 4 ff.

⁶⁷ Der Bundesrat hielt hierzu fest: «Aus Kindersicht beinhalten die heterologen Verfahren sicher eine besondere Problematik, weil genetische und soziale beziehungsweise rechtliche Vaterschaft auseinanderfallen. (...) (G)estützt auf ausländische Studien (kann) davon ausgegangen werden, dass das Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern nicht anders als bei den übrigen Kindern ist. Physisch, emotional und intellektuell gedeihen die Kinder mindestens so gut wie andere Kinder. Verhaltensstörungen sind geringer, und die sozialen Väter nehmen ihre Aufgabe besser wahr als der Durchschnitt der Väter. Spezifische Probleme in solchen Familien, die mit der heterologen Zeugung des Kindes zusammenhängen, werden offensichtlich durch die psychische Reife des Elternpaares, das sich für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung entscheidet, mehr als ausgeglichen.» Vgl. Botschaft FMedG, BBl 1996 III 233.

⁶⁸ Vgl. zum Begriff der Begründungsneutralität auch WALDRON, *Legislation*, 150.

⁶⁹ Vgl. hierzu den Beitrag von KUHN im vorliegenden Band m.w.H.

⁷⁰ Siehe COPUR, *Kindeswohl*, 165 ff. m.w.H.

⁷¹ Siehe WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, 680.

⁷² Vgl. hierzu den Beitrag von KUHN in diesem Band.

allen Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen sind.⁷³ Die Leihmutterchaft, auf die homosexuelle Männer angewiesen sind, um ein Kind zu haben, ist gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV verboten. Mit Bezug auf lesbische Paare wird argumentiert, dass Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV als Voraussetzung für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin grundsätzlich «Unfruchtbarkeit», d.h. ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs verlangt. Damit werde deutlich, dass im Interesse des Kindeswohls von vornherein nur Paare verschiedenen Geschlechts Zugang zur Fortpflanzungsmedizin haben. Lesbische Frauen seien «in der Regel zwar fruchtbar, aber ohne einen männlichen Partner aus einsichtigen Gründen nicht fortpflanzungsfähig».⁷⁴ Dabei werden Vorstellungen von «natürlichen» Familienverhältnissen, die es offenbar zu bewahren gilt, mit dem Interesse des Kindeswohls verwoben.⁷⁵ Die Heraufbeschwörung eines traditionellen Elternbilds, das auf der «Normalität» einer heterosexuellen Zweierbeziehung begründet ist, lässt tatsächlich den Verdacht zu, dass die «symbolische Macht des Ehesakramentes, das die heterosexuelle Paarbeziehung zwecks Fortpflanzung zu verewigen suchte», noch immer wirkt.⁷⁶ Es gibt demgegenüber eine Reihe von Untersuchungen, die belegen, dass sich Kinder mit homosexuellen und bisexuellen Eltern nicht schlechter entfalten als Kinder in heterosexuellen Familien.⁷⁷ Es ist anerkannt, dass die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung für das Wohl des Kindes entscheidend ist, nicht die sexuelle Orientierung eines Elternteils.⁷⁸

Somit stellt die Bezugnahme auf das Kindeswohl insofern keine zulässige Rechtfertigung für die Privilegierung der Ehe dar, als nicht anzunehmen ist, dass Vertreter der unterschiedlichsten Anschauungen dieser Rechtfertigung zustimmen könnten. Es erweist sich bei näherer Betrachtung nämlich als

⁷³ Vgl. Art. 28 PartG; Art. 3 Abs. 2 Bst. a FMedG.

⁷⁴ Vgl. Botschaft FMedG, BBl 1996 III 251 sowie die Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2002 1324.

⁷⁵ Siehe dazu die Begründung in der bundesrätlichen Botschaft zum FMedG, wonach es von «der Natur vorgegeben ist, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater hat», so dass gleichgeschlechtliche Paare von Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auszuschliessen seien. Vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a FMedG und Botschaft FMedG, BBl 1996 III 250. Vgl. hierzu bereits die Botschaft zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» vom 18. September 1989, BBl 1989 III 1056. Zu Recht kritisch die Beiträge von PURTSCHERT und KUHN in diesem Band.

⁷⁶ Vgl. NZZ vom 14. Mai 2012, Nr. 111, 46.

⁷⁷ Vgl. dazu eingehend COPUR, Kindeswohl, 41 ff., 165 und den Beitrag von KUHN in diesem Band.

⁷⁸ Siehe HEREK, Partnerschaft, 19 f. m.w.H.

schwierig, allgemein nachvollziehbare, mithin «öffentliche» Gründe – die nicht auf bestimmten gesellschaftlichen Sittlichkeitsvorstellungen von Geschlechter- und Familienbeziehungen oder gar Vorurteilen beruhen – dafür zu finden, weshalb es das Kindeswohl im Kontext der Samenzell-Spende erfordert, dass das betroffene Paar verheiratet ist. Daher erscheint das Argument, das Kindeswohl zu gewährleisten, nur vordergründig als «neutral».

2. Neutralität und gesellschaftlicher Friede – der Modus vivendi-Liberalismus

Ein zweiter Ansatz zur Begründung staatlicher Neutralität bezieht sich auf deren Funktion für den gesellschaftlichen Frieden. Gesellschaftlicher Friede könne – so formuliert es der in den USA lehrende Philosoph CHARLES E. LARMORE – nur dann gewährleistet werden, wenn der Staat neutral sei gegenüber den verschiedenen Auffassungen des Guten.⁷⁹ Da fundamentale Meinungsverschiedenheiten über die Ideale des guten Lebens herrschten, sei eine stabile und friedliche Ordnung nur möglich, wenn der Staat nicht eine bestimmte Anschauung fördere. Ansonsten komme es zwischen den verschiedenen Gemeinschaften mit ihren je unterschiedlichen moralischen Überzeugungen zum Bürgerkrieg.⁸⁰ Neutralität ist gemäss LARMORE als eine Antwort auf die Vielfalt der Konzeptionen des guten Lebens zu verstehen. Sie ist eine Haltung des Entgegenkommens („accommodation“).⁸¹ Diese Argumentation ist pragmatisch-strategisch. Sie beruht auf der Annahme, dass die verschiedenen Anschauungen derart unterschiedlich sind, dass eine Übereinstimmung darüber gar nicht möglich ist.⁸² Die vernünftigste Strategie sei es daher nicht, von einem gemeinsamen Nenner der konfligierenden Sichtweisen auszugehen, sondern von den umstrittenen Positionen zu abstrahieren und diese auf die Seite zu legen⁸³, d.h. solchen gegenüber indifferenter zu bleiben. Dieses Argument wird auch als Modus vivendi-Argument bezeichnet. Die gesellschaftliche Grundordnung basiert demnach darauf, dass die Beteiligten es wegen ihrer unterschiedlichen, je eigenen Interessen für rational halten, diese Ordnung zu unterstützen und ihren Regeln zu

⁷⁹ Siehe LARMORE, Patterns, 60 ff.

⁸⁰ Vgl. a.a.O.

⁸¹ LARMORE, Patterns, 74.

⁸² Siehe LARMORE, Patterns, 74.

⁸³ Siehe LARMORE, Patterns, 50.

folgen.⁸⁴ Die Grundordnung stellt dann lediglich einen Kompromiss zwischen den verschiedenen Werten der jeweiligen Gruppen dar.⁸⁵

Wie ist die mit den Regelungen im Fortpflanzungsmedizingesetz und im Partnerschaftsgesetz manifestierte Privilegierung der Ehe im Licht des Modus vivendi-Liberalismus zu beurteilen? Staatliche Neutralität findet ihre Begründung demgemäss – und LARMORE verweist hier u.a. auf die Theorien von JEAN BODIN und JOHN LOCKE – in pragmatischen Klugheitserwägungen.⁸⁶ Wie HUSTER prägnant ausführt, fordern die Anhänger der unterschiedlichen Auffassungen Neutralität nicht deshalb, weil sie der Gegenpartei das gleiche Recht zuerkennen oder deren Anschauung respektieren, sondern allein aus dem Grund, dass man die eigene Anschauung nicht oder nur unter unverhältnismässigen Opfern durchsetzen kann.⁸⁷ Diesem Begründungsansatz staatlicher Neutralität kommt mit Blick auf die Geschichte vor allem für Fragen religiöser Konflikte grosse Relevanz und eine wesentliche Aussagekraft zu.⁸⁸ Auf diese Weise wurden oft die Forderungen nach religiöser Toleranz begründet. Nur die Abstrahierung von den religiösen Wahrheitsansprüchen führte nach dieser Sicht zur Möglichkeit des Friedens zwischen den Konfessionen in den europäischen Religionskriegen.

Aber auch auf den Bereich der Gleichberechtigung der verschiedenen Lebensformen ist dieser Begründungsansatz anwendbar. Zwar mögen es viele Menschen, die in einer Beziehungsform leben, die vom Staat nicht gefördert oder die sogar benachteiligt wird, nicht für notwendig erachten, zu rebellieren, nicht zuletzt deshalb, weil es nicht ausgeschlossen ist, dass sie die Nachteile, die sie dadurch erleben, mit Vorteilen in diesem spezifischen Gemeinwesen aufwiegen, die sie als höherwertig einstufen (wie beispielsweise gute Systeme der sozialen Sicherheit).⁸⁹ Es ist aber auch möglich, dass die Benachteiligung von bestimmten Lebensformen bei den Betroffenen Widerstand auslöst.⁹⁰ Aus dieser Perspektive betrachtet überzeugt das Argument, dass die Neutralität bezüglich der verschiedenen Lebensformen einen gesellschaftlichen Frieden im heutigen Gemeinwesen befördert. Im Sinne des Modus vivendi-Liberalismus sollte sich der Staat nämlich nicht mit einer bestimmten Lebensform identifizieren, sondern die umstrittenen

Fragen der Lebensführung der individuellen Entscheidung überlassen, so dass die Privilegierung der Ehe problematisch erscheint. Einer der Nachteile des Modus vivendi-Liberalismus ist aber, dass er die Forderung nach staatlicher Neutralität alleine aus pragmatischen Erwägungen erhebt. Es erscheint nur dann klug, gegenüber gewissen Gruppen neutral zu sein, wenn diese eine potenzielle Bedrohung für den inneren Frieden darstellen. Sind die Gruppen zu schwach, wollen sie nicht rebellieren oder sind sie schlecht organisiert, ist diese Gefahr klein und somit auch der Anreiz dafür, sie gleichberechtigt zu behandeln.⁹¹

3. Neutralität, das Problem des «verzerrten» Dialogs und der Schutz von minoritären Lebensformen

Auf einen anderen Aspekt von «Neutralität» weist WILL KYMLICKA hin. Er argumentiert, staatlicher Perfektionismus hätte unerwünschte Konsequenzen, da er den freien Wettbewerb auf einem «kulturellen Marktplatz» beeinträchtigt und zu einer «Verzerrung» des Dialogs führe.⁹² In einem liberalen Staat – so KYMLICKA – sollten die verschiedenen Lebensformen miteinander konkurrieren und im Verlauf dieses Prozesses würden die höherwertigen Lebensformen und -auffassungen die anderen Anschauungen verdrängen.⁹³ Neutrale Institutionen böten daher den besten Rahmen für die Weiterentwicklung der Lebensformen. Nur ein neutraler Staat erlaube es den Bürgerinnen und Bürgern, die verschiedenen Lebensweisen und -formen frei zu bewerten, mit anderen zu vergleichen und anschliessend autonom zu wählen. KYMLICKA bezieht sich dabei auch auf die Argumentation von JOHN STUART MILL, der beste Weg, zur Wahrheit zu gelangen, liege darin, auf experimentellem Wege verschiedene Auffassungen des Guten und verschiedene Lebensformen zu probieren, diese zu vergleichen, um schlussendlich jene wählen zu können, welche am besten sei.⁹⁴ Die Bürgerinnen und Bürger müssten ihre Anschauungen hinterfragen, frei auswerten und revidieren können.⁹⁵ Ein perfektionistischer Staat würde diesen Prozess des Hinterfragens verhindern. Das Argument, nur ein liberaler und neutraler Staat erlaube es den Bürgerinnen und Bürgern, die verschiedenen Lebensweisen und -formen frei zu bewerten, mit anderen zu vergleichen und anschliessend autonom zu wählen, ist im Kontext des Zugangs zur Adoption und zu Ver-

⁸⁴ Vgl. hierzu auch POGGE, Rawls, 45.

⁸⁵ Siehe POGGE, Rawls, 45. Der Kompromiss wird dabei so ausgehandelt, dass die Beteiligten jeweils im Verhältnis zu ihrer Stärke berücksichtigt werden.

⁸⁶ Siehe LARMORE, Patterns, 76 und hierzu ausführlich HUSTER, Ethische Neutralität, 48.

⁸⁷ HUSTER, Ethische Neutralität, 48.

⁸⁸ Vgl. KÜHLER, Gewissensfreiheit, 74 m.w.H.

⁸⁹ Siehe CANEY, The Philosophical Quarterly 1991, 472 f.

⁹⁰ Dies zeigt die Geschichte des Christopher Street Day und der Bewegung von Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transmenschen gegen die staatliche Diskriminierung der öffentlich gelebten abweichenden Sexualität.

⁹¹ Vgl. zu alledem HUSTER, Ethische Neutralität, 49 ff.

⁹² Vgl. KYMLICKA, Ethics 1989, 901.

⁹³ KYMLICKA, Political Philosophy, 219.

⁹⁴ Vgl. MILL, Freiheit, 49 ff. und darauf Bezug nehmend auch LARMORE, Patterns, 51 f. und ACKERMAN, Social Justice, 11.

⁹⁵ KYMLICKA, Political Philosophy, 204.

fahren der Fortpflanzungsmedizin allerdings kaum massgebend, weil ein Experimentieren mit der Adoption oder der Zeugung von Kindern nicht wünschbar erscheint. Zudem ist zu bedenken, dass das Paradigma der «freien Evaluation und Wahl der Lebensformen» bei gleichgeschlechtlicher Lebensformen insofern irreführend erschiene, als es bei der sexuellen Orientierung wohl nicht um eine freie Wahl geht.

Jedenfalls für die Lebensform der gleichgeschlechtlichen Familie gewichtiger erscheint in diesem Kontext der von KYMLICKA vorgebrachte Einwand, staatlicher Perfektionismus unterdrücke Angehörige von minoritären Lebensformen, welche sich den normativen Erwartungen der Mehrheit anpassen müssten. Jenen Gruppen und Individuen, die fähig seien, sich klar auszudrücken, werde es möglich, die anderen zu beherrschen und ihnen ihre Anschauungen aufzuzwingen («dictatorship of the articulate»).⁹⁶ KYMLICKA argumentiert, dass diejenigen Gruppen, die die Mehrheit der Bürger zu überzeugen vermögen, mehr staatliche Unterstützung für ihre Werthaltungen und Auffassungen finden könnten. Dadurch würden diejenigen Minderheitenmeinungen benachteiligt, die vom kulturellen Mainstream nicht verstanden würden. Dabei sei auch die Integrität von minoritären Lebensformen bedroht, müssten sich jene, um staatliche Unterstützung zu erhalten, doch so präsentieren, dass sie der Mehrheit gefallen, auch wenn dies nicht ihrem wirklichen Wert und ihrer Bedeutung entspreche.⁹⁷ Minoritäre Lebensformen müssten also, um die Unterstützung der Mehrheit zu gewinnen, ihre spezifischen Eigenschaften verstecken. Demgegenüber könnten sich Minderheiten auf dem kulturellen Marktplatz, wie er KYMLICKA vorschwebt, vielfältiger und freier der Mehrheit präsentieren. Staatlicher Perfektionismus zwingt sie hingegen dazu, sich in einer bestimmten Art und Weise mit der Mehrheit auszutauschen, nämlich in Form der politischen Deliberation über staatliche Politik; gerade hier würden sich Minderheiten aber als besonders verletzlich erweisen. Dies erhöhe die Hindernisse für Minderheiten, ihre Anschauungen und Lebensformen zu verteidigen und die Mehrheit wäre in der Lage, soziale Veränderung zu blockieren, welche ihre bevorzugte kulturelle Praxis gefährde.⁹⁸

Wenn nun die umstrittene Frage der Elternschaft von Homosexuellen bzw. des Zugangs zur Adoption und zu Verfahren der medizinischen Fortpflanzung für Schwule und Lesben im Rahmen einer kollektiven politischen Deliberation in staatlichen Foren bewertet wird, besteht erstens die Gefahr, dass staatliche Macht aufgrund ihrer «Übermacht» (hier einem gesetzlichen

Verbot) ein Ungleichgewicht in der Diskussion schafft. Zweitens besteht die Gefahr, dass die betroffenen Paare, die in einer gleichgeschlechtlichen Familie leben, aufgrund rechtlicher Hindernisse nicht zu ihrer Lebensform stehen können, diese verheimlichen und verstecken müssen und versuchen, eine heterosexuelle «Normalität» zu leben.⁹⁹ Drittens besteht die Gefahr, dass die Befürworter gleicher Rechte auf Elternschaft sich hinsichtlich ihrer Argumentation der Mehrheit anzupassen suchen, so dass der Dialog über diese Fragen im Ergebnis verzerrt wird. Staatliche Neutralität hingegen würde den gleichgeschlechtlichen Familien und all denjenigen Akteuren zugutekommen, die es für richtig halten, dass Eltern gleichen Geschlechts zusammen Kinder haben und diese zusammen aufziehen können. Letztere hätten mehr Möglichkeiten, selber zu bestimmen, wann und wie sie die Anhänger der Mehrheitsauffassung zum gesellschaftlichen Dialog auffordern und mit ihrer Auffassung konfrontieren.¹⁰⁰ Könnten diese Fragen auf dem (nichtstaatlichen) Marktplatz der Ideen der Zivilgesellschaft bewertet werden, bestünden mit anderen Worten mehr Optionen der Evaluation, was den Prozess der Bewertung dieser Lebensformen und damit auch die kulturelle Entwicklung eines Gemeinwesens verbessern würde.

Das Anliegen, einen möglichst freien gesellschaftlichen Dialog über die verschiedenen Lebensformen (auch für Angehörige von minoritären Lebensformen) zu ermöglichen, stellt im Kontext des Zugangs zur Adoption und zu medizinischen Verfahren der Fortpflanzung m.E. deshalb eine wichtige Begründung staatlicher Neutralität gegenüber den Lebensformen dar. Die gesetzliche Privilegierung der Ehe und die Verweigerung gleicher Rechte auf Elternschaft für Homosexuelle erscheint aus dieser Sicht als Parteinahme gemäss den mehr oder weniger deutlich bestimmten Sittlichkeits- und Natürlichkeitsvorstellungen der dominanten Mehrheitskultur. Dies betrifft gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und ihre Kinder auch in ihrer Integrität.

4. Neutralität und das Ideal gleichen Respekts

Die Ausführungen zu den Diskriminierungsverboten im zweiten Abschnitt dieses Beitrags verdeutlichten bereits die «strukturelle Nähe» der Neutralitätspflicht zum Topos der Gleichheit bzw. zum Schutz des Einzelnen vor qualifizierter Ungleichbehandlung.¹⁰¹ Ansätze, die auf den Zusammenhang

⁹⁶ KYMLICKA, Ethics 1989, 900.

⁹⁷ KYMLICKA, Ethics 1989, 901.

⁹⁸ Dies erhöhe die Gefahr des Kulturkonservatismus, vgl. a.a.O.

⁹⁹ Siehe dazu EGGEN/RUPP, Gleichgeschlechtliche Paare, 34 f. sowie den Beitrag von CAPREZ/RECHER in diesem Band.

¹⁰⁰ KYMLICKA, Ethics 1989, 901.

¹⁰¹ Vgl. HUSTER, Ethische Neutralität, 89.

zwischen staatlicher Neutralität und der Gleichheitsforderung verweisen, haben prominente Vertreter. So begründet RONALD DWORKIN staatliche Neutralität mit dem Ideal gleichen Respekts und dem Anliegen der Gleichbehandlung. Liberalismus ist für ihn Ausdruck der fundamentalen Idee, dass die Interessen der Mitglieder der Gemeinschaft alle gleich zählen.¹⁰² Unser grundlegendstes Interesse sei das Interesse, ein gutes Leben zu führen. Der Staat müsse gleiche Sorge für das Leben jedes Einzelnen zeigen und die Bürgerinnen und Bürger mit gleichem Respekt behandeln.¹⁰³ Da die Bürger verschiedene Konzeptionen des Guten bzw. unterschiedliche Auffassungen darüber hätten, was dem Leben Sinn und Wert gebe, behandle der Staat sie nicht gleich, wenn er eine Konzeption gegenüber einer anderen bevorzugt, weil diese intrinsisch besser sei oder weil sie von einem grösseren oder stärkeren Bevölkerungsteil getragen sei.¹⁰⁴ Auf dieses Anliegen bezieht sich – zwar nicht im Sinne eines ethisch-umfassenden, sondern eines politischen Liberalismus – auch HUSTER, der die staatliche Neutralitätspflicht entsprechend als Konkretisierung einer grundlegenden Gleichheitsnorm auffasst.¹⁰⁵ Er stellt den Zusammenhang zwischen staatlicher Neutralität und der Gleichheitsforderung folgendermassen her: «Politische Massnahmen, die über kontroverse Konzeptionen begründet werden, sind problematisch, weil sie angesichts des ethischen Pluralismus in unserem Gemeinwesen prinzipiell nicht gegenüber jedermann rechtfertigungsfähig sind und daher nicht allen Bürger (...) die gleiche Achtung und den gleichen Respekt entgegenbringen. (...) Es verstösst gegen das grundlegende Gleichheitsgebot, das jedermann zukommende Recht auf Rechtfertigung, politische Massnahmen mit der Vorzugswürdigkeit bestimmter Vorstellungen des Guten zu rechtfertigen, weil diese Rechtfertigungsgrundlage in einer pluralistischen Gesellschaft aus prinzipiellen Gründen nicht für alle Bürger nachvollziehbar dargestellt werden kann.»¹⁰⁶ HUSTER spricht hier eine spezifische Ausprägung der Gleichheitsforderung an, die auf die Rechtfertigungsmöglichkeit politischer Massnahmen abstellt. Mit dieser Interpretation von Neutralität richtet HUSTER den Fokus zu Recht auf die Begründung staatlichen Handelns und folgt damit dem Ansatz der Begründungsneutralität. Denn die Forderung nach staatlicher Neutralität dreht sich um die Frage, ob staatliches Handeln mit, wie RAINER FORST vorschlägt, allgemein anerkannten und «teilbaren» Gründen gerechtfertigt werden kann.¹⁰⁷ Nichtteilbare Wertüberzeugungen bilden demgegenüber keine hinreichende Begründung

¹⁰² Siehe DWORKIN, *Social Philosophy and Policy* 1983, 24.

¹⁰³ Vgl. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 273.

¹⁰⁴ Siehe DWORKIN, *Matter of Principle*, 191.

¹⁰⁵ HUSTER, *Ethische Neutralität*, 89.

¹⁰⁶ Vgl. HUSTER, *Ethische Neutralität*, 89 f.

¹⁰⁷ Siehe dazu FORST, *Toleranz*, 594 und 737.

für die Gesetzgebung. Bezüglich der Frage, ob der Ausschluss nichtehelicher Lebensformen vom Zugang zur Samenzell-Spende mit allgemein anerkannten und teilbaren Gründen gerechtfertigt werden kann, scheint es naheliegend festzustellen, dass das Kindeswohl diese Anforderungen nicht erfüllt.¹⁰⁸ Das Kindeswohl ist folglich nicht als hinreichender Grund für die Privilegierung der Ehe zu sehen. Die unzureichende Begründung der rechtlichen Regelung im Fortpflanzungsmedizingesetz verstösst in diesem Sinne auch gegen das Gebot, allen Menschen gleichen Respekt und gleiche Achtung entgegenzubringen.

IV. Würdigung und Schlussbetrachtung

Verschiedene liberale Denker begründen ihre Abneigung gegenüber staatlichen Massnahmen, die bestimmte gesellschaftliche Moralvorstellungen durchsetzen wollen, mit Bezug auf den Gedanken der Neutralität. Damit erheben sie einen grundsätzlichen Einwand gegen solche Massnahmen, da der Gedanke der staatlichen Neutralität – auf einen einfachen Nenner gebracht – die staatliche Unparteilichkeit gegenüber den verschiedenen Anschauungen propagiert und Massnahmen verbietet, die verpönte oder missliebige Lebensformen gestützt auf entsprechende Ordnungsvorstellungen benachteiligen und den gleichen Achtungsanspruch der betroffenen Personen verneinen. Die dargestellten Ansätze zeigen jedoch auf, dass «Neutralität» nicht in einem umfassenden Sinn verwirklicht werden kann und soll. Zu Recht macht KYMLICKA geltend, dass ein liberaler Staat nicht immer und in allen Bereichen neutral sein müsse.¹⁰⁹ Er weist der «Neutralität» daher eine begrenzte Rolle im liberalen Staat zu und erachtet diese entsprechend als eine «derivative» staatliche Pflicht.¹¹⁰ Auch RAWLS und LARMORE schränken den Anwendungsbereich der staatlichen Neutralitätspflicht gegenüber den verschiedenen Auffassungen des Guten und Lebensformen ein.¹¹¹ Daraus kann auch für die rechtliche Praxis gefolgert werden, dass der Gedanke der Neutralität nur in gewissen Bereichen als eine angemessene Antwort auf die Frage erscheint, wie das staatliche Recht mit bestimmten Anschauungen und Lebensformen umgehen soll. Eine solchermassen begrenzte Interpretation von Neutralität entspricht m.E. dem Neutralitätsverständnis im schweizerischen Verfassungsrecht. Wir finden hier keine umfassende,

¹⁰⁸ Vgl. hierzu ausführlich vorne, Abschnitt III. 1.

¹⁰⁹ KYMLICKA, *Ethics* 1989, 903.

¹¹⁰ Siehe KYMLICKA, *Ethics* 1989, 903. Vgl. auch MACLEOD, *Law and Philosophy* 1997, 530.

¹¹¹ Vgl. RAWLS, *Political Liberalism*, 193; LARMORE, *Patterns*, 47, 67 und 69.

allgemeine Pflicht des Staates zur Neutralität vor, sondern vielmehr punktuelle Verpflichtungen zu staatlicher Neutralität bezüglich bestimmter Aspekte staatlichen Handelns. Als normative Grundlagen staatlicher Neutralität dienen beispielsweise die Freiheitsrechte und die Verbote der Diskriminierung. Die Rede von der staatlichen Neutralitätspflicht hat m.E. in diesem relativ engen Rahmen anknüpfend an ganz bestimmte Verfassungsnormen ihre Berechtigung. Wie dargelegt wurde, spricht einiges dafür, sie auch auf die Lebensformen der gleichgeschlechtlichen und nichtehelichen Partner- und Elternschaft zu beziehen.

Der Neutralitätsbegriff ist in einer rechtspraktischen Dimension zwar zentral, sein genauer Bedeutungsgehalt hängt aber vom rechtlichen Kontext und von seiner Begründung ab. Das Argument der staatlichen Neutralität erweist sich folglich nur dann als aussagekräftig, wenn man es genauer konturiert und seine Begründungen offenlegt, denn je nach Interpretation lässt es unterschiedliche Schlüsse zu. Dabei können nicht alle Ansätze gleichermaßen überzeugen. Dies manifestiert sich auch bei der Diskussion über die rechtliche Regelung des Zugangs zu Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Hier lassen sich aus liberalen Begründungen einer staatlichen Neutralitätspflicht gewichtige Argumente gegen die in der schweizerischen Rechtsordnung implizierte Lebensformenpolitik gewinnen. Argumentiert man mit der gesellschaftlichen Stabilität, mit einem freien gesellschaftlichen Dialog und dem Schutz minoritärer Lebensformen oder mit dem Ideal gleichen Respekts, zeigt sich, dass diese Interpretationen liberaler Neutralität *gegen die Privilegierung der Ehe* mit Bezug auf das Recht auf Elternschaft und Familie sprechen. Zu Recht fokussieren dabei heutige Interpretationen der Neutralität auf die Rechtfertigungsgrundlage für staatliches Handeln, denn die Forderung nach staatlicher Neutralität dreht sich im Kern um die Frage, mit welchen Gründen politische Massnahmen gerechtfertigt werden können.

Literaturverzeichnis

- ACKERMAN BRUCE A., *Social Justice in the Liberal State*, New Haven/London 1980 (zit. ACKERMAN, *Social Justice*).
- BECK ULRICH, *Das Zeitalter des «eigenen Lebens». Individualisierung als «paradoxe Sozialstruktur» und andere offene Fragen*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, 3 ff.
- BERGHAHN SABINE, *Ehe und Familie in der Verfassungsdiskussion – vom institutionellen zum sozialen Grundrechtsverständnis? Kritische Justiz* 1993, 397 ff.
- BÜCHLER ANDREA (Hrsg.), *Familienrechtskommentar Eingetragene Partnerschaft*, Bern 2007 (zit. FamKomm/BEARBEITERIN/BEARBEITER).

- CANEY SIMON, *Defences of Liberal Neutrality*, *The Philosophical Quarterly* 1991, 457 ff.
- COPUR EYLEM, *Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl*, Bern 2008 (zit. COPUR, *Kindeswohl*).
- DWORKIN RONALD, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977 (zit. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*).
- DWORKIN RONALD, *A Matter of Principle*, Cambridge 1985 (zit. DWORKIN, *Matter of Principle*).
- DWORKIN RONALD, *In Defense of Equality*, *Social Philosophy and Policy* 1983, 44 ff.
- EGGEN BERND/RUPP MARINA, *Gleichgeschlechtliche Paare und ihre Kinder: Hintergrundinformationen zur Entwicklung gleichgeschlechtlicher Lebensformen in Deutschland*, in: Rupp Marina (Hrsg.), *Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Verbreitung, Institutionalisierung und Alltagsgestaltung*, *Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 7*, Opladen/Farmington Hills 2011, 23 ff. (zit. EGGEN/RUPP, *Gleichgeschlechtliche Paare*).
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. SGKomm/BEARBEITERIN/BEARBEITER).
- FORST RAINER, *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt a.M. 2003 (zit. FORST, *Toleranz*).
- GEISER THOMAS/GREMPER PHILIPP (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare*, Zürich 2007 (zit. KommPartG/BEARBEITERIN/BEARBEITER).
- HAFNER FELIX, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, 707 ff. (zit. HAFNER, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*).
- HEREK GREGORY M., *Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren: eine Einführung*, in: Rupp Marina (Hrsg.), *Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Verbreitung, Institutionalisierung und Alltagsgestaltung*, *Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 7*, Opladen und Farmington Hills 2011, 16 ff. (zit. HEREK, *Partnerschaft*).
- HESSE KONRAD, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (zit. HESSE, *Grundzüge*).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BaslerKomm/BEARBEITERIN/BEARBEITER).
- HUSTER STEFAN, *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Tübingen 2002 (zit. HUSTER, *Ethische Neutralität*).
- KÄLIN WALTER, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Zürich 2000 (zit. KÄLIN, *Kulturkonflikt*).
- KARLEN PETER, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zürich 1988 (zit. KARLEN, *Religionsfreiheit*).
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, Bern 2007 (zit. KIENER/KÄLIN, *Grundrechte*).

- KÜHLER ANNE, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Bern 2012 (zit. KÜHLER, Gewissensfreiheit).
- KUHN MATHIAS, Recht auf Kinder? Zürich/St. Gallen 2008 (zit. KUHN, Recht auf Kinder).
- KYMLICKA WILL, Contemporary Political Philosophy, Oxford 2007 (zit. KYMLICKA, Political Philosophy).
- KYMLICKA WILL, Liberal Individualism and Liberal Neutrality, *Ethics* 1989, 883 ff.
- LARMORE CHARLES E., Patterns of moral complexity, Cambridge etc. 1987 (zit. LARMORE, Patterns).
- MACLEOD COLIN M., Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?, *Law and Philosophy* 1997, 529 ff.
- MILL JOHN STUART, Über die Freiheit, Stuttgart 1974 (zit. MILL, Freiheit).
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, 103 ff. (zit. MÜLLER, Diskriminierungsverbote).
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte).
- MULHALL STEPHEN/SWIFT ADAM, Rawls and Communitarianism, in: Freeman Samuel (Hrsg.), The Cambridge Companion to Rawls, Cambridge etc. 2003, 460 ff. (zit. MULHALL/SWIFT, Rawls).
- PETERS ANNE, Diskriminierungsverbote, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 (zit. PETERS, Diskriminierungsverbote).
- POGGE THOMAS W., John Rawls, München 1994 (zit. POGGE, Rawls).
- PULVER BERNHARD, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bern 2003 (zit. PULVER, Discrimination).
- RAWLS JOHN, The Priority of Right and Ideas of the Good, abgedruckt in: Freeman Samuel (Hrsg.), John Rawls: Collected Papers, Cambridge, Massachusetts 2001, 449 ff. (zit. RAWLS, Priority of Right).
- RAWLS JOHN, Gerechtigkeit als Fairness. Ein Neuentwurf, Frankfurt a.M. 2003 (zit. RAWLS, Fairness).
- RAWLS JOHN, Political Liberalism, New York 1993 (zit. RAWLS, Political Liberalism).
- RAWLS JOHN, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1981 (zit. RAWLS, Theorie).
- RAZ JOSEPH, The Morality of Freedom, Oxford etc. 1986 (zit. RAZ, Morality).
- RIEDER ANDREAS, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Bern 2003 (zit. RIEDER, Form oder Effekt).
- ROUILLER CLAUDE, Le principe de la neutralité confessionnelle relative, *AJP* 2003, 944 ff.

- SCHEFER MARKUS, Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001 (zit. SCHEFER, Kerngehalte).
- SCHMIDT UWE/MORITZ MARIE-THERES, Familiensoziologie, Bielefeld 2009 (zit. SCHMIDT/MORITZ, Familiensoziologie).
- SEELMANN KURT, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 2010 (zit. SEELMANN, Rechtsphilosophie).
- TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS, Öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. TSCHENTSCHER/LIENHARD, Öffentliches Recht).
- UHLMANN FELIX, Die Neutralität der Verwaltung, Schweizerisches Zentralblatt (ZBl) 2007, 211 ff.
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003 (zit. WALDMANN, Diskriminierungsverbot).
- WALDRON JEREMY, Legislation and moral neutrality, in: ders., Liberal rights, Cambridge etc. 1993, 143 ff. (zit. WALDRON, Legislation).
- WINZELER CHRISTOPH, Die weltanschauliche Neutralität des Staates, in: Pahud de Mortanges René (Hrsg.), Religiöse Neutralität. Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft, Zürich 2008, 1 ff. (zit. WINZELER, Weltanschauliche Neutralität).
- WYTENBACH JUDITH, Prohibition of Discrimination Based on Religious Conviction Jurisdiction in Switzerland, in: Lambert Abdelgawad Élisabeth/Ramnaud Thierry (Hrsg.), Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe, Paris 2011, 173 ff. (zit. WYTENBACH, Discrimination).